

建築基準法上の二項道路と救済

—改正行政事件訴訟法と行政不服審査法をめぐつて—

田 村 泰 俊

- 一 問題の所在
- 二 平成一四年最高裁判所判決の評価と位置付け
- 三 改正行政事件訴訟法と確認の訴えの利用
- 四 中野区建築審査会裁決の分析
- 五 処分性を肯定した場合の行政不服審査実務の矛盾
- 六 行政事件訴訟法と行政不服審査法での法システムの関係
- 七 行政不服審査法への「確認」の申立て制度導入の必要性
- 八 課題と展望

一 問題の所在

すでに判決が示された実務上は問題の多い最高裁判所判決に対し、いかに対応すべきかを考察することは、法

律学の重要な課題の一つだと言つてよい。⁽¹⁾

この実務的関心からの具体的課題の一つとして、最近、筆者が注目しているのが、建築基準法四二条二項と行政不服審査法の問題なのである。この建築基準法四二条二項では、同条一項の定める原則幅員四メートルの道路⁽²⁾に対し、この原則によつた場合、現実には接道要件を充足しえない場合が多くなることから、例外として、いわゆる「みなし道路（二項道路）」が許容されている。⁽³⁾

ところで、この「みなし道路（二項道路）」たることの特定行政庁による指定は、「具体的に町名地番を定めて個々の道路について指定する」⁽⁴⁾「個別指定」方式⁽⁵⁾と、「告示」あるいは「規則」により、すなわち具体的な町名地番を指定することなく指定する「包括指定」方式がある。そして、後者の包括指定方式は、「位置指定道路が申請に基づいてなされるのと異なり、特定行政庁の職権に基づいて一方的に行われる」⁽⁶⁾ものであり、まさしく行政庁の「一方的」な行為であることから行政訴訟上の「处分性」を有するのかどうかが争点とされるようになった。

この争点に対し、最高裁判所は、平成一四年に判断を示し、そこでは基準時たる昭和二五年一月二三日以前から都市計画区域に指定された地域に含まれるこの事件の通路部分につき、被上告人たる特定行政庁が同年一月二八日奈良県告示により、幅員四メートル未満一・八メートル以上の道を二項道路とした告示に「处分性」を許容すると判示した。⁽⁸⁾

この最高裁判所の判断には、様々な問題点が存在していることは否定できない。例えば、理論的には、本稿注（8）で示したように、最高裁判所判決は「具体的な制限」を強調するが、しかし、この具体的な制限は、最高裁判所の述べるよう昭和二五年当時の基準時やそれに基づく「告示」や「規則」で発生するのではなく、現在、現実に日々なされている「建築確認」という個々の行政処分により発生するものであり、この点をどう考えるのか。⁽¹⁰⁾また実務面では、第一に、最高裁判所の判断では、当然、六ヶ月の出訴期間（行政事件訴訟法一四条）か

ら取消訴訟の可能性はないのみならず、最高裁判所判決によれば抗告訴訟たる無効確認訴訟およびそれに含まれることとなる有効確認訴訟を利用することとなるが、金子正史教授が指摘されているように、この種の訴訟は「ほとんどない現状」⁽¹²⁾であるから、実際上、有効な救済手段であるかどうか問題となる。

また第二に、行政不服審査法すなわち各自治体の建築審査会への不服申立という段階に目を向けると、不服審査法では、現行法上、確認という不服申立は認められていないので、それは、取消請求という形式で申立をなしうわざるを得ないこととなる。⁽¹³⁾ その場合、当然に昭和二二五年では不服申立期間はすぎているので、二項道路「指定」それ自体は争うことはできず、現在、日々行なわれている具体的な個々の建築確認の「取消」請求として争うしかないこととなる。

さて、この「みなし道路（二項道路）」に関して、筆者は、かつて若干の分析を行なつたことがある。⁽¹⁴⁾ そこでは、当事者訴訟の利用可能性という訴訟ルート選択の問題を考察した。そこで本稿では、むしろ、この「みなし道路（二項道路）」に関する行政不服審査法上の問題に考察を加えてみたいと思う。

ただ、前稿発表後、行政事件訴訟法が二〇〇四年六月に改正されている。そこで、この改正法の下で考え方を示した上で、不服審査法上の争点に及んでいくこととしたい。また加えて、本稿七で示すように、筆者は、行政事件訴訟法と行政不服審査法は、相互に補完し合いながら、有効な救済手段を国民・住民に提供する法制度であると考えるので、このような意味からも、改正行政事件訴訟法への言及は意味のあることとなる。

そこで、次に、この改正行政事件訴訟法に言及した上で、本来の分析対象たる行政不服審査法へ進む前提として、平成一四年最高裁判所判決の評価と位置付けをまず確認しておくこととしたい。

二 平成一四年最高裁判所判決の評価と位置付け

すでに示したように、本稿の基本的な視点は、問題ある最高裁判所判決にどう対応すべきかにある。このような視点に立った場合、きわめて重要な指摘が、最近、阿部泰隆教授から示された⁽¹⁶⁾。そこで、この最近の重要な指摘を参考しながら、分析を加えてみたい。

周知のように、この「包括指定」の法的性質については、判例・学説上、肯定・否定双方の見解が示された⁽¹⁷⁾。それゆえ、平成一四年最高裁判所判決は、このような状況に対し、处分性を肯定するという形で決着をついたわけである。

ところで、この判決の处分性肯定との結論は、本稿一でも指摘したように、きわめて問題が多いことは否定できないように思われてならない。そして、それは、建築基準法というまさしく個別具体的な法律の構造と法運用⁽¹⁸⁾から生じた問題なのである。そこで、塩野宏教授の「仕組み解釈」⁽¹⁹⁾が最近の行政法学に強い影響を与えていることから、このコンセプトをお借りした場合、平成一四年判決は、建築基準法という個別法の仕組みの中で解釈した場合、国民・住民の権利救済という点できわめて問題の多い判決となる。

そこで、この建築基準法という枠組みから問題ある最高裁判所判決への対応策を考えるというのが、当然に一つのアプローチとして考えられて良いであろう。それを訴訟上の対応として考察したのが前稿であつた⁽²⁰⁾。そこでは、この包括指定につき行政事件訴訟法上の当事者訴訟の利用を肯定した平成一二年東京高等裁判所判決⁽²¹⁾を参考として平成一四年度最高裁判所判決を「处分不存在確認の訴え」という抗告訴訟の「ルート利用の追認」と解釈し、そうであるならば、この一四判決の下でも、当事者訴訟の利用は否定されべきではないと解し、当事者訴訟による「確認の訴え」の可能性を示した⁽²²⁾。そこで、次に、行政不服審査手続の段階の考察が求められることと

なる。それが本稿の中心的テーマとされる。

しかし、もう一方で、個別法という限定された範囲ではなく、より広い視点で、出されてしまった最高裁判所判決を利用するとのアプローチは、当然ありうるし重要ともなる。これが阿部教授のアプローチではないかと考える。すなわち、阿部教授は「この判例が、二項道路の指定だけで、権利制限があるとして処分性を肯定したのは、判例の柔軟化への期待を抱かせる。この意味で、筆者はこの判例を歓迎する」と述べられている。そして、阿部教授は、「都市計画の変更決定」に関する昭和六二二年最高裁判決⁽²⁶⁾や「土地区画整理事業計画の決定」に関する昭和四一年判決⁽²⁷⁾等を引用され、これら処分性を否定した判例から、「二項道路の指定も、後続処分の段階で争わせることとするのが一貫していたと思われる」とされた上で、上記のように述べられているので、平成一四年最高裁判所判決を、処分性拡大を方向付ける判決として「歓迎」⁽³⁰⁾されている。

さて、平成一四年判決の原審たるすでに本稿注(17)で指摘した大阪高裁判決は、二項道路指定の法的性質を「一般処分」とするが⁽³¹⁾、この一般処分として処分性を否定される例として、植村栄治教授は「都市計画法上の各種の地域・区域の指定」⁽³²⁾を掲げておられる。そこで、このように、従来、処分性が否定されたエリアでの利用を考える阿部教授の考えは、正しい方向性を有すると考える。すなわち、すでに出された最高裁判所判決が同じ二項道路の指定で変更されることは事実上は考えにくいので、むしろ、処分性拡大の判例上の根拠として今後は利用するという評価は、判決が、すでに出されている以上、きわめて重要な指摘であると考える。また、出てしまつておられる以上、阿部教授の指摘されるような利用が、現実的でもあろう。

三 改正行政事件訴訟法と確認の訴えの利用

さて、筆者は前稿において、平成二年東京高裁の位置付けとの課題があるとの指摘を受けて、鈴木庸夫教授の当事者訴訟一般についての活用論⁽³⁵⁾を参考に、平成一四年最高裁判所判決の下でも、それは、「抗告訴訟も利用できる」つまり「訴訟ルート利用の追認」と読むべきなので、当事者訴訟の利用を排除するものではないとの理解を示した。⁽³⁶⁾

ところで、前稿発表後、周知のよう行政事件訴訟法が改正され、そこで「みなし道路（二項道路）」の争い方は、実務上、当然、関心が向けられる。ただ、結論のみをまず示せば、筆者の当事者訴訟により二項道路かどうかの確認を有権的に行なうとの見解は、改正法の下でも変更はないこととなる。

この点、最近、興味深い指摘をされているのが高木光教授の見解である。高木教授は、筆者の前稿で示した理解とほぼ同様の方向性を示すものと思われるが、次のように述べておられる。すなわち、改正行政事件訴訟法での実質的当事者訴訟としての確認訴訟について「土地区画整理事業計画に関する最高裁昭和四一年判決、墓地通達に関する最高裁昭和四三年判決、用途地域指定に関する最高裁昭和五七年判決、採用内定取消しに関する最高裁昭和五七年判決、地区計画に関する最高裁平成六年判決、公共施設管理者の同意に関する最高裁平成七年判決、住民票の統柄記載に関する最高裁平成一一年判決のような事案は、改正法の下では、確認訴訟を認める方向で検討がなされることになろう。また、二項道路に関する最高裁平成一四年判決、労災就学援護費に関する最高裁平成一五年判決、検疫所長の通知に関する最高裁平成一六年判決は、処分性を肯定しているが、本来は、確認訴訟によつて紛争を解決すべき事案であつたと考えられる」と述べられている。⁽³⁷⁾

さて、改正行政事件訴訟法は、改正法第四条（当事者訴訟）において、条文上、「公法上の法律関係に関する確

認の訴え」を明示することとなつた。その改正の趣旨は、次のように説明されている。それは、代表的文献と考えられる山田洋教授によれば、「立法者の意図は、こうした明文化によって、従来は確認訴訟が活用されてこなかつた分野においても、これを積極的に活用することを促し、行政立法、行政計画、行政指導など、取消訴訟を中心とする抗告訴訟による解決が困難な行政活動をめぐる紛争の解決のために、この訴訟を活用しようとするところにある」⁽³⁸⁾とされる。まさしく、高木光教授の言葉をお借りすれば「オープン・スペース」の積極活用がその趣旨となる。⁽³⁹⁾そこで、このオープン・スペースの中味として何がその内容とされているのか、代表的文献から見てみたい。例えば、アット・ランダムに拾つてみると、黒川哲志教授は「行政立法、行政計画、通達、行政指導」⁽⁴⁰⁾を、橋本博之教授は、行政計画、行政立法等の他「要綱に基づく補助金交付決定」⁽⁴¹⁾を、前田雅子教授は「将来、不利益処分が想定されるとき、その差止訴訟や取消訴訟との関係で、確認訴訟の補充性が別途問題となる」⁽⁴²⁾とされ、山村恒年弁護士は「条例」⁽⁴³⁾をそれぞれ指摘している。そこで、この例示・明示として加えられた確認訴訟の趣旨は、まさしく、多様な行政手法や行為型式に「実効的な権利救済が可能」⁽⁴⁴⁾とするものである。

ところで、このような改正法での確認の訴えの明示・例示の趣旨は、以上のように包括的救済システム（抗告訴訟の及ばない場合の）の構築にある。にもかかわらず、行政法「学」的視点から、それは抗告訴訟いや改正行政訴訟の確認の訴えとの学問的振り分け論があることは不幸なことと思われてならない。もし、このような方向性に向くとすれば、濱秀和弁護士が、いみじくも指摘されるように「原告が処分性ありと考へて提起しても、処分性なしとして却下され、改めて法律関係の確認訴訟を提起したところ、その前提に処分性があるとして、確認の利益を否定されるというキャッチボールのような扱いを受ける場合がないとはいえない」ともなりかねない。ところで、この種の訴訟類型間でのキャッチボールは、周知のごとく、改正前法でも存在した。⁽⁴⁵⁾その打開策の一つとして示されたのが、いわゆる改正前当時も当事者訴訟活用論であつたわけである。⁽⁴⁶⁾

そこで、筆者は、少し強引であることは認めるが、この「みなし道路（二項道路）」に関しては、平成一四年最高裁判所判決を「訴訟ルート」の利用を許容した判決と読み、当事者訴訟の利用は排除されないと理解をして、そのキヤツチボールをさけようとする試みを行なったわけである。

ところで、改正行政事件訴訟法での当事者訴訟の確認の訴えは、その明示・例示は「新たな訴訟類型を創出するものではない」⁽⁵⁰⁾すなわち、理論的には改正前と同様であり、ただそれは例示・明示によりその活用を促すことが目的となっている。⁽⁵¹⁾そこで、筆者の「みなし道路（二項道路）」を争う当事者訴訟の利用という理解は、改正行政事件訴訟法の下でも同様のものとなり変更はないこととなる。またそれは、改正行政事件訴訟法は、塩野宏教授の指摘されるように「公法上の当事者訴訟の壁は、民事訴訟との間ににおけると同様、抗告訴訟との間ににおいても、低くなってきた」⁽⁵²⁾ものであるとすれば、筆者のような理解にも、まして一つの合理性があるのでないかと考えている。そこで、改正法の下での実務や解説でも従来からの私見が参考とされることを望みたい。

さて、以上のように改正行政事件訴訟法での「みなし道路（二項道路）」の救済方法についての確認を私見の立場から行なった。そこで次には、いよいよ行政不服審査法上の問題点の考察に入ることとする。

四 中野区建築審査会裁決の分析

平成一四年最高裁判所判決との関係を考察する上で、「みなし道路（二項道路）」に関するきわめて興味あるケースが東京都中野区の建築審査会の裁決に見つけることができる。この裁決とその基礎となつた事実から、平成一四年判決とその判決を前提とした場合の問題点を知ることができる。その事例は、次のようなものであつた（なお、本事例は「六二三中建審請第一号審査請求事件」⁽⁵³⁾と呼ばれている）。

本件で、特に注目しておかなければならぬことは、審査請求人の請求が、昭和六三年八月二四日付で中野区建築主事が本件参加人に対して行なつた「建築確認処分」の取消しを求めたという点にある。

そして、この種の事案においては、通常では参加人のなした建築確認申請が二項道路を前提としているので、もしこれが認められれば、審査請求人の土地もいすれはセットバックを義務付けられることとなる点に留意しておく必要がある（そのような意味で、現代行政法の法律関係たる三面関係の典型と言つてよからう）。そして、まさに通常の事例であれば、「包括指定」を基礎として、具体的道が二項道路と認定されなければ建築確認は認められず（もしそれでも認められれば違法な確認となる）、逆に、二項道路と認められれば建築確認も認められるという関係に立つので建築確認そのものを争えば自動的にそれと「連動」して二項道路か否かについても判断がなされ解決に至る場合と、それとは異なり、審査請求人が二項道路を前提とする土地・建物等を所有し、参加人等の建築確認が二項道路ではないことを前定に認められ、請求人が将来、建築が認められないでの建築確認を取消す必要があり、取り消されれば、やはりそれと「連動」して二項道路であることが有権的に確定する場合という二つの局面が考えられ、中野区の事案は、後者のタイプに分類することができる。そして、筆者の推測では、最高裁の平成一四年判決は、この「連動関係」を前提に置いているのではないかと考えている。ところが、この中野区の事案は、この「連動するはずの法律関係」が「連動しない」ケースであった。

具体的な争点は、請求人が参加人の土地の一部には二項道路が存在し、道路たる部分は敷地とはなし得ないにもかかわらず、本件建築確認処分にはそれを敷地面積に含ましめた違法があるので取消されるべきであると主張した点にある。

平成元年五月三一日に示された中野区建築審査会の裁決は、次のようなものであった。なお、中野区においても、基準時は昭和二十五年一月二三日であった。

まず、本件でその争点とされた具体的道が、包括指定に基盤を置く二項道路か否かについての判断は「諸事実を総合勘案すると、本件道は……（略）……各土地とが接する敷地境界線を『中心線』とする二項道路と認めるのを相当とし、他にこれと矛盾する証拠あるいはこの認定を不当とする事情は存在しない……（略）……また、敷地境界線を『中心線』と認定することは、本件道に接道する敷地の関係権利者の私権に対する制約の意味からしても、結果的に妥当なものと考える」とし二項道路であることを見定している。

次に、建築確認の違法性についての判断は、「しかしながら、本件道を二項道路と認め、敷地となしえない土地を本件建築物の敷地面積から除外しても、職権調査の結果によれば、本件建築物の建築計画についてはいわゆる建ぺい率・容積率は法定のそれの限度内であることが認められ、その他においても本件処分が違法となる事由は何ら認められず、本件処分が瑕疵あるものと認める証拠も存しない」とし、建築確認処分それ自体は違法性はないとの判断を示している。

以上のように、この事例では、二項道路であるとの認定はなされているものの、本体たる建築確認処分には違法性は認められないとされた。すなわち、先に示した「連動関係」がないこととなる。

ところで、この「連動関係」がないとは、どのような結果を意味することとなるのだろうか。さて、行政不服審査法四三条一項は「裁決は、関係行政庁を拘束する」と規定する。次に、この点に分析を加えることとする。

五 処分性を肯定した場合の行政不服審査実務の矛盾

さて、すでに指摘したように、中野区建築審査会平成元年裁決は、「みなし道路（二項道路）」であることは認定したもの、取消し請求の対象たる建築確認処分自体には違法性はないとの判断を示した。

このことは、行政不服審査法四三条一項の規定から、裁決の拘束力が二項道路たることの認定部分には、当然、及ばないことを意味している。

前稿で示したように、私見によれば、「包括指定」は「処分」ではないので、具体的道が「みなし道路（二項道路）」か否かは、具体的な建築確認にさいしてその認定が行なわれることとなる。すなわち、本稿注（10）（9）（4）で示した金子教授の処分性否定説の理解からそれは、「建築確認処分」と「二項道路認定の処分」が同時になされることとなる。この法律上の構成をとつた場合、二項道路認定処分のみをまさにそれは「処分」であるから争いうることとなる。そこで、これを本件にあてはめれば、中野区建築主事は「二項道路ではないことの処分」すなわち「二項道路不認定処分」を行なつたこととなるから、この取消しを行政不服審査法において求めればよいこととなる。

一方、平成一四年最高裁判所判決の立場をとつた場合はどうなるのであるか。それは、「包括指定」自体が「処分」とされるので、行政不服審査法上は、この中野区の事案の請求がそうであつたように、建築確認処分を取消請求の対象とするしかないこととなる。

ところで、もしこれが訴訟の段階であれば、すでに本稿で分析を加え考察したように、無効確認訴訟や当事者訴訟の利用も考えられなくはない。しかし、行政不服審査の段階では、現行の行政不服審査法には、「確認」を求める不服申立は認められていないので、取消請求しかなし得ないこととなる。そこでは、中野区の事例では、建築確認処分自体は違法ではないので取消裁決はなされないから、いくら裁決書の中で「みなし道路（二項道路）」たることの認定を事実に基づいてなしているとはいえ、そこには裁決の拘束力は働かないこととなり、この認定は、処分庁（行政庁）を法的に拘束しないこととなる。⁽⁵⁵⁾

また、中野区の事例を離れたとしても、以下のような指摘が、野口和俊弁護士からなされている。すなわち

「処分の無効確認の意味で取消裁決をすることが許されるとの解釈（関哲夫「建築審査会は無効の道路位置指定処分の取消しを求める審査請求に対してもかかる裁決をすべきか」『新訂建築基準法の基本問題』所収）のもとに、これを肯定する裁決がある（裁決例として、豊島区建築審査会平一一・六・一八裁決。公刊物未登載）」……（略）……しかし……（略）……二項道路が存在することを確認する裁決という類型が行審法上存在しない⁽³⁶⁾」との指摘である。もちろん、平成元年の中野区の事例では、ここで指摘されている無効確認の意味での取消裁決すら、二項道路に関しては拘束力が働くことから意味を有しないことと平成一四年最高裁判所判決からはならざるを得ない。

そこで、野口弁護士の指摘にもあるように、行政不服審査法での立法的な「確認」の申立ての不存在から、立法論的にその創設を模索せざるを得ないこととなる。

六 行政事件訴訟法と行政不服審査法での法システムの関係

そこで、以上のような立法論的関心から、行政事件訴訟法と行政不服審査法間での法システム上の関係を確認しておきこととしたい。

結論から示せば、参考はあるが、それは、整合性を持つたシステムとして現在の立法・法運用はなされていふと評価すべきであろう。

その証左の第一として、立法面から見てみよう。周知のように今回の行政事件訴訟法の改正において、二五条の執行停止の要件が、「回復の困難な損害」から「重大な損害」に改められたことにより、改正行政事件訴訟法附則第三七条において、関係法令の整備との関心から行政不服審査法三四条も同様に「回復の困難な損害」から「重大な損害」⁽³⁸⁾に改正された。

その第二として、改正行政事件訴訟法は、その一四条出訴期間の改正で、それを「三ヶ月」から「六ヶ月」に延長したが、この点、宇賀克也教授は、次のように指摘をされている。すなわち「今後の課題として、行政過程における不服申立期間（とりわけ不服申立前置主義が採用されている場合）の延長の検討があろう」との指摘である。⁽⁵⁹⁾ この指摘も、やはり、両制度の整合性を前提としていると解して誤りはないであろう。

その第三として、行政不服審査での不服申立適格について考えてみよう。周知のように、行政不服審査法には、行政事件訴訟法九条に類する規定は存在していない。

行政不服審査法の実務上の運用は、この問題に関しては、ほぼ判例法理が固まっているとの認識を基礎とし、結論をまず示すとすれば、行政事件訴訟法九条の原告適格と不服申立適格は全く同様の範囲として処理されるというものが実状である場合がほとんどである。そこで、本稿の目的から必要な範囲のみでその判例法理を示して確認をしておきたい。⁽⁶⁰⁾

さて、行政事件訴訟法での原告適格については、周知のように、判例法理は、いわゆる「もんじゅ」訴訟を中心に「法律上保護された利益説」によつてきている。⁽⁶¹⁾

一方で、行政不服申立制度（広義）全体から見た場合の「固った判例法理」は、次のようなものであることも、これまた周知のことであろう。それは、リーディング・ケースたる、いわゆる「主婦連ジユース事件」と、地方自治法上の不服申立手続に関する最高裁判例の二つに、ほぼ集約されると言つてもよいであろう。

まず、いわゆる主婦連ジユース事件では、不当景品類及び不当表示防止法一〇条一項での公正取引委員会が行なつた公正競争規約の認定に対し同法一〇条六項の定める（同法一一条が行政不服審査法の適用を除外している）個別法上の不服申立手続に関する争点として申立適格の問題が扱われた。最高裁は、この個別法上の手続は、行政上の不服申立の一種にほかならないので、それは一般の行政処分についての不服申立と同様、不服申立をなす

法律上の利益のある者に不服申立適格が認められると判示した。

次に、地方自治法上の議員の兼業（九二条の二）にあたるかどうかの議会の決定（一二七条一項）に対する同法一二七条四項および一一八条五項に基づく不服申立手続に関し、最高裁は、その決定を争う個人的な法律上の利益を有する者が不服申立適格を認められると判示した。⁶⁴⁾

さて、すでに示したように行政不服審査法は、その第四条一項で「行政庁の処分に不服のある者は……（略）……審査請求又は異議申立てをすることができる」とのみ規定⁶⁵⁾し、行政事件訴訟法九条のような規定を有していない。そこで、学説上は、行政不服審査法上の不服申立適格は、行政不服審査法の目的から、行政事件訴訟法での原告適格よりは、より広く許容すべきとの説がとなえられたことは、よく知られた事実であると言つてよい。⁶⁶⁾

しかし、これらの固つた判例法理は、行政不服審査法上の不服申立適格は行政事件訴訟法九条のそれと同一であるとの判例法理として理解されている。これらは、個別法での不服申立手続に関するケースではある。しかし、広義の意味での不服申立制度全般についての判断と読むべきであろうから、実務上は、行政不服審査上の適格の運用は、以上のようなものとなっている。⁶⁸⁾

以上、三つの視点から、結局、その当否は別として、行政事件訴訟法での法制度と行政不服審査法上の法制度は、整合性を保つべきものとするのが、行政救済法の法システムの原則ということになるのではないであろうか。そうであるとすれば、行政不服審査法上、確認の申立て制度を創設すべきではないであろうか。この点、以下、分析を加えてみたい。

七 行政不服審査法への「確認」の申立て制度導入の必要性

さて、本稿の考察・分析の対象たる「みなし道路（二項道路）」に関し、本来、必要とされる救済システムは、二項道路か否かの具体的道についての有権的な「確認」なのである。ところで、すでに示したように、平成一四年最高裁判決は、「包括指定」それ自体を「処分」とした。そこで、行政不服審査法上は、建築確認処分を、現行法上は利用せざるを得ない。しかし、中野区の例から容易に理解できるように、建築確認処分の取消しから生ずる裁決の拘束力が及ばない場合が生じてくる。最高裁平成一四年判決は、行政不服審査法上の救済というエリニアで、大きな救済の「空白領域」を生み出してしまった。⁽⁶⁸⁾

筆者は、この空白領域は、もはや立法でうめざるを得ないと考えている。行政不服審査法の制度改革については、現在までに多くの有益な研究や提言が発表されている。⁽⁷⁰⁾その中で、確認裁決に着目される最も代表的な見解が宮崎良夫教授の論稿であろう。⁽⁷¹⁾宮崎教授は「処分の無効確認を求める申立ては、不服申立期間の徒過後になされるものであるが……（略）……たしかに、無効確認の申立てを許容するかどうかは例外の場合の問題であるが、この種の申立てを認めるべきであり、同時に執行停止、裁決の効力に関する規定を明確にすべき」と主張している。この主張は、立法論、解釈論双方を含むものと考えられるが、筆者も賛成したい。

ただ、解釈論の場合、そこに「みなし道路（二項道路）」のように有効確認をさらに読み込むことは、規定なきエリアでの例外がさらにその例外となることから、立法論を検討すべきではないかと考える。さらに、「無効確認」は、宮崎教授の指摘されるように「例外の場合」であるとすれば、立法論として、まさに「確認の申立て」あるいは「法律関係に関する確認の申立て」としてより拡大しておくことも考えられてよいのではないであろうか。⁽⁷²⁾その主要な理由として、第一に、行政事件訴訟法と行政不服審査法は、本稿すでに分析を加えたように連動し

た法システムであること。第一に、改正行政事件訴訟法は、これもすでに見たように、「法律関係に関する確認の訴え」(四条)であるので、すでに示したそこでの高木教授による二項道路の理解からも、「公法上の」という点を付すかどうかはともかくとして、「無効確認」より広いコンセプトをとった方がよいのではないかと思うし、そうすれば改正行政事件訴訟法との整合性のとれた法システムとなるのではないと考えられる。加えて、第三に、これも、本稿すでに指摘したように、現代の法律関係は、「三面的利害調整モデル」あるいは「三面関係」にあるから、特に「みなし道路(二項道路)」の問題の場合、「無効」のみならず半分は「有効確認」の訴えや申立てが予定されているので、やはり「無効確認」よりは広いコンセプトをとつておく方が良いのではないかと考える。

八 課題と展望

本稿では、建築基準法上の「みなし道路(二項道路)」から、行政救済法上の具体的問題を考えてみた。具体的には、「包括指定」に处分性を許容するという問題ある最高裁平成一四年判決にどう対応すべきかという点が課題とされた。

そして、改正行政事件訴訟法の下でも、当事者訴訟が利用することを示し、行政不服審査法では立法論による対応を示した。そして、そこに横たわるのは、整合性ある法システムの構築という発想であった。

ところで、金子正史教授は、平成一四年判決を「さしたる検討をすることなく、この訴訟形式を適法とした」と批判している。筆者も、行政上のADR(裁判外紛争処理)制度が重視される現代行政において、行政不服審査法のシステムに関し、まさにその検討を十分になさなかつたのではないかとの疑いをもつてている。もし、そうであるとするなら、最高裁判決も整合性ある法システムという理解をぜひ持つてほしいと考える。

このような整合性ある行政救済法システムを指向すべきことを今後の課題と展望としつつ本稿をしめくくることとしたい。その意味からも、五年後の行政事件訴訟法の検討（附則五〇条）の際、整合性ある法システムが構築されることを期待する。

- (1) この関心からの最近の重要な文献として、阿部泰隆「宝塚市パチンコ店条例門前払い最高裁判決を受けて、市はどうすべきか」自治実務セミナー第四二巻第一〇号四頁以下（二〇〇三年）。その前提となる判決自体の問題点に関しては、阿部泰隆『行政訴訟要件論——包括的・実効的行政救済のための解釈論——』一五五頁以下（弘文堂、二〇〇三年）。この判決に関する筆者の見解および参考文献につき、田村・自治研究第八〇巻第二号一二六頁以下（二〇〇四年）。本評釈脱稿後に接した本判決の評釈として、村上裕章・民商法雑誌第一二八巻第二号三二頁以下（二〇〇三年）。この村上評釈への筆者の見解として、田村「行政強制における『対物』との視点からの『ジュリストリュデンス——行政代執行の機能不全とアメリカ合衆国の『対物』手続を手がかりに——』国土交通省国土交通政策研究第四号三頁（二〇〇五年）。
- (2) 建築基準法四二条一項は「『道路』とは、次の各号の一に該当する幅員四メートル……（略）……をいう」と規定する。
- (3) 一方、同法二項では「幅員四メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものは、前項の規定にかかわらず、同項の道路とみなし、その中心線からの水平距離二メートル……（略）……の線をその道路の境界線とみなす」と規定する。
- (4) 金子正史「二項道路に関する一、三の法律上の問題（上）」自治研究第七八巻第一号六頁（二〇〇一年）。
- (5) 金子・前掲論文注（4）六頁および九頁注（4）。
- (6) 金子・前掲論文注（4）七頁、野口和俊「建築審査会における審査手続」安藤一郎編『建築紛争処理手続の実務』四〇七頁（青林書院、二〇〇一年）。
- (7) 野口・前掲論文注（6）四〇六頁。また金子教授も「一方的に行なう指定」（金子・前掲論文注（4）六頁）とする。

(8) 最高裁判所平成一四年一月一七日(一小)判決民集五六巻一号一頁、判時一七七七号四〇頁、判タ一〇八五号一七三頁、判例自治二三三号八八頁。そこでは、まず包括指定方式が許容されることが確認されたうえで「告示によつて二項道路の指定の効果が生じるものと解する以上、このような指定の効果が及ぶ個々の道は二項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され(法四四条)、私道の変更又は廃止が制限される(法四五条)等の具体的な私権の制限を受けることになるのである。そうすると、特定行政による二項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であつても、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対しても直接影響を与えるものということができる。

したがつて、本件告示のような一括指定の方法による二項道路の指定も、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解すべきである」と判示した。

(9) 金子正史「二項道路に関する一、三の法律上の問題(下)」自治研究第七八巻第三号五一六頁(二〇〇一年)。

(10) 本稿注(9)の立場からの判例評釈として、金子正史・法学会教室第二六四号一三一頁(二〇〇二年)、同・法資第一四七号一〇〇頁(二〇〇二年)。

(11) 無効確認訴訟の一類型としての有効確認訴訟も成立することは最(一小)判昭和五七年七月一五日民集三六巻六号一一四六頁。金子・前掲論文注(9)一二一三頁。

(12) 金子・前掲論文注(9)一二頁。

(13) 野口・前掲論文注(6)四〇八頁。なお、この点の詳細については、本稿四・六・七で詳しく説明を加え分析を行なう。

(14) 田村「行政事件訴訟法における訴訟ルート選択の混乱と処分性の問題——建築基準法上の『包括指定』たる二項道路を契機として——」明治学院論叢法学研究第七六号一二五頁以下(二〇〇三年)。

(15) なお、かつての論稿でも、行政不服審査法が利用できない場面について指摘だけは行なつてはいる、田村・前掲論文注(14)一四六一一四七頁。

(16) 阿部泰隆「誤解の多い対物処分と一般処分」自治研究第八〇巻第一〇号三五一三八頁(二〇〇四年)。

(17) 肯定説の代表的文献として、評釈として発表された岡田幸人・平成七年主要民事判例解説(判タ第九一三号)三

○六頁以下、否定説に立った裁判例として、平成一四年判決の原審たる大阪高判平成一〇年六月七日判タ九九四号一四三頁。この裁判例の評釈として、岩倉広修『平成一〇年行政判例解説』一七八頁以下（ぎょうせい、二〇〇〇年）。

関連文献として、久保田浩史「建築基準法上の道路（一）」『裁判実務大系（29）』（青林書院、二〇〇〇年）山村常年・判例自治第一九六号五七頁（二〇〇〇年）。

（18）筆者の行政実務者へのヒアリングによれば、無数にある道について、当時は包括指定で対応することは、やむを得なかつたことだと言われている（なお、ヒアリングであるから個人名やデータ上の引用はできないことをおとわりしておきたい）。

（19）このコンセプトは、塩野宏『行政法I』（第三版）四九頁（有斐閣、一〇〇三年）。また、このコンセプトは、筆者も有用であると考えている、田村編著・『最新ハイブリッド行政法』四三九頁（八千代出版、一〇〇三年）。改正行政事件訴訟法と仕組み解釈との関連については、橋本博之「行政事件訴訟法改正と行政法学の方法」自治研究第八〇巻第八号四九頁以下（二〇〇四年）。

（20）例えば、最近、発表された宇賀克也教授のテキストでは、「第二部 行政活動における法的仕組み」の中で「規制行政における主要な法的仕組み」「給付行政における主要な法的仕組み」「行政資源取得行政における主要な法的仕組み」「誘導行政における主要な法的仕組み」（宇賀克也『行政法概説I 行政法総論』六七一一二四頁（有斐閣、二〇〇四年））として構成されている。また、大橋洋一教授のテキストも、「行政法の基本構造」の中で「規制活動を規律する行政法——存在根拠からみた特質（1）」「給付活動を規律する行政法——存在根拠からみた特質（2）」（大橋洋一『行政法——現代行政過程論』（第二版）二一一〇頁（有斐閣、二〇〇四年））も同様の方向性にあるのではない

かと考える。

また、田村編著・前掲書注（19）は、風営法という個別法領域での法の動態を利用している。

（21）このようなく、実際上の法構造の動態に着目するという手法に方向性を与えたと考えられる最も重要なテキストとして、阿部泰隆『行政の法システム（上）（下）』（新版）（有斐閣、一九九七年）。

また、筆者も、阿部教授の法システム論の視点から、強い影響を受けた。その一つの試みとして、田村『組織・企業と公的規制訴訟——RICO法研究——』（中央大学出版部、二〇〇一年）。

- (22) 田村・前掲論文注(14)。
- (23) 東京高判平成一二年一〇月一九日判時一七三二号七三頁。
- (24) 田村・前掲論文注(14)一四三一四六頁。
- (25) 阿部・前掲論文注(16)三八頁。
- (26) 最(三小)判昭和六二年九月二二日判時一二八五号二五頁。阿部・前掲論文注(16)三七頁。
- (27) 最大判昭和四一年二月二三日民集二〇卷二号二七一頁。阿部・前掲論文注(16)三七頁。
- (28) 阿部・前掲論文注(16)三七頁。
- (29) 阿部・前掲論文注(16)三八頁。
- (30) 阿部・前掲論文注(16)三八頁。なお、中川丈久教授は「一項道路の一括指定に行政処分性を認めた最高裁判決は、取消訴訟の排他性や出訴期間による、土地所有権内容の早期確定機能を期待したと評することもできよう」(中川丈文「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性——改正行政事件訴訟法の理論的インパクト——」民商法雑誌二三〇巻六号三四頁(二〇〇四))と、阿部教授とは異った点から評価している。
- (31) この点、田村・前掲論文注(14)一三九頁。一般処分であるとすれば、中川・前掲論文注(30)三四頁の早期確定機能はのぞみ得ないのでないかとの疑問を、包括指定は具体的な道に指定がなされるわけではないという理由から、筆者は有している。処分性につき、竹田光宏・ジュリスト第一二二三二号一七四頁(二〇〇四年)参照。
- (32) 植村栄治『行政法教室』三二七頁(有斐閣、二〇〇〇年)。また、一般処分については、阿部前掲論文注(16)参照。
- (33) 事实上判例変更は望み得ないとの発想は、阿部・前掲論文注(1)一五五頁以下からお借りした。
- (34) 金子・法学教室前掲評釈注(10)一三一頁。
- (35) 鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系』5 七七頁以下(有斐閣、一九八四年)。
- (36) 田村・前掲論文注(14)一四三一四六頁。
- (37) 高木光「改正行政訴訟の評価——確認訴訟の可能性——」自由と正義一〇〇四年一二月号五九頁。

- (38) 山田洋「確認訴訟の行方」法律時報第七七卷第三号四五頁（二〇〇五年）。
- (39) 高木光「行政訴訟制度改革の意義と評価」法律のひろば二〇〇四年一〇月号一八頁。
- (40) ここには、現代行政法理論の行政の行為型式・行政手法の多様化がその背景にある、このコンセプトの相違につき、石川敏行『基本論的行政法』一〇一頁（法学書院、一九九七年）。そして改正行政訴訟法が、このような行政活動の多様化への対応策として確認の訴を明示した立法事実である点については、小林久起「改正法成立に至るまでの経緯及び改正法の概要」ジユリスト第一二七七号七頁（二〇〇四年）。
- (41) 小早川光郎・高橋滋編『改正行政事件訴訟法』一〇八一一〇九頁（第一法規出版、二〇〇四年）。
- (42) 橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』八九頁（弘文堂、二〇〇四年）。
- (43) 前田雅子「行政作用と行政訴訟改革——行政訴訟の対象と類型を中心として——」ジユリスト第一二七七号三三一頁（二〇〇四年）。
- (44) 山村恒年「行政訴訟実務から見た行政訴訟法改正」民商法雑誌第一三〇巻第四・五号六八八頁（二〇〇四年）。その他で条例にもこの種の訴訟の可能性を認める文献として、福井秀夫・村田斉志・越智敏裕『新行政事件訴訟法——逐条解説とQ&A——』三三頁（新日本法規出版、二〇〇四年）。
- (45) 小林久起『行政事件訴訟法』二〇三頁（商事法務研究会、二〇〇四年）。
- (46) 例えば、行政立法や計画の違法性を確認する場合、それは抗告訴訟によるとの見解として、芝池義一「抗告訴訟の可能性」自治研究第八〇巻第六号三頁（二〇〇四年）。そして、この種の争点のあることを指摘するのは、高木光『救済拡充論の今後の課題』ジユリスト第一二七七号一八頁（二〇〇四年）。
- (47) 濱秀和「改正行政事件訴訟法とその運用等」ジユリスト第一二七七号四六頁（二〇〇四年）。
- (48) その分析の最も代表的な文献として、阿部泰隆『行政訴訟改革論』（有斐閣、一九九三年）。
- (49) 最も代表的な文献として、園部逸夫『現代行政と行政訴訟』四九頁（弘文堂、一九八七年）、高木光「当事者訴訟と抗告訴訟の関係」『雄川一郎先生献呈 行政法の諸問題（中）』三四一頁（有斐閣、一九九〇年）。なお、これら当時の学説の最近の分析として、小早川光郎・高橋滋編前掲書注(41)一〇三頁以下。
- (50) 宇賀克也『改正・行政事件訴訟法——改正法の要点と逐条解説』三一頁（青林書院、二〇〇四年）。また、宇賀

教授は「直裁・適切基準説」に言及されるが（宇賀・前掲書注（50）一四頁以下）、この点からも、二項道路に關し、当事者訴訟の成立は、無効確認訴訟が可能であつたとしても成立するのではないかと考えられる。また、すでに指摘した、無効確認訴訟の成立が事实上困難とする金子教授の指摘（金子・前掲論文注（9）一二頁からも同様に理解されるように思われる。なお、竹田・前掲評釈注（31）一七五頁）。

（51）宇賀・前掲書注（50）三一頁、橋本・前掲書注（42）八四一八六頁、小林・前掲書注（45）一七頁、小早川光郎・高橋滋編・前掲書注（41）九五頁以下。

（52）塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学——訴訟類型論から見た——」民商法雑誌第一三〇巻第四・五号六一〇頁（二〇〇四年）。

（53）東京都特別区建築審査会委員等連絡協議会『平成元年度 東京都特別区建築審査会年報』一四五頁。

（54）阿部泰隆教授は、これを「三面的利害調整モデル」と呼ぶ（阿部・前掲書注（21）上巻三七頁。また「三面関係」とする最近の最も代表的なテキストとして、宇賀・前掲書注（20）一三三頁、櫻井敬子・橋本博之『現代行政法』二四九頁（有斐閣 二〇〇四年）。

（55）この行政不服審査法上の拘束力に関する代表的文献として、田中館照橋・外間寛・小高剛『判例コンメンタール〈特別法〉行政不服審査法』二八一頁以下（三省堂、一九八二年）、南博方・小高剛『注釈行政不服審査法』一九五頁（第一法規出版、一九七五年）、室井力・芝池義一・浜川清『コンメンタール行政法 I 行政法手続法・行政不服審査法』四一二頁以下（日本評論社、一九九七年）、閔哲夫『自治体争訟法』六〇頁以下（学陽書房、一九八九年）。

（56）野口・前掲論文注（6）四〇六一四〇八頁。

（57）「法システム」とのコンセプトは、阿部・前掲書注（21）からお借りした。

（58）小林・前掲書注（45）一九一一二〇頁、同「行政事件訴訟法が大幅改正」判例地方自治第二五二号五頁（一一〇四年）。

（59）宇賀・前掲書注（50）七五頁。

（60）本稿の目的は、原告適格論・不服申立適格論の分析・考察にはないので、これらに關する関係文献は略することとしていることをおことわりしておく。

(61) 最（三小）判平成四年九月二二日民集四六巻六号五七一頁。

(62) 改正行政事件訴訟法九条につき、改正前法からの判例・学説の流れを詳細に分析している文献として、小早川・高橋編・前掲書注(41)一五ー三六頁。

(63) 最（三小）判昭和五三年三月一四日民集三二巻二号二一一頁。

(64) 最（一小）判昭和五六年五月一四日民集三五巻四号七一七頁。

(65) 第七条での不作為に対する申立も同様に「申請をした者」に限られている。

(66) 最も代表的な文献として、今村成和「消費者の権利と不服申立資格」ジユリスト第五七〇号九〇頁以下（一九七四年）。

(67) 室井・芝池・浜川・前掲書注(55)二九〇頁。

(68) そこで、改正行政事件訴訟法九条に連動し、行政不服審査法上の不服申立適格も拡大されるべきなのであろう。

(69) すでに示したように、金子正史教授の説と同様の立場に立つ私見のように、建築確認処分と同時に二項道路認定処分が別にあると考えれば、この空白は生じなかつたはずである。金子正史教授の包括指定の処分性否定説でも、同様となる、金子・前掲論文注(10)(9)(4)参照。

(70) このエリアでの最近の最も代表的な文献は、加藤幸嗣「行政不服審査制度の今後の在り方についての一点描」成城法学六三号二七頁以下（二〇〇〇年）。またきわめて重要な文献として、加藤論文が引用する、事後救済制度調査研究委員会（小早川光郎委員長）『事後救済制度に関する調査研究報告書』（一九九八年）、古尾谷光弘「行政不服審査法等の施行状況に関する調査結果について」自治研究第七二巻第一号八八頁以下（一九九六年）（加藤・前掲論文注(70)二八頁）、及び南博方『紛争の行政解決手法』同「行政上の紛争解決制度」『山田二郎先生古稀記念論文集』税法の課題と超克六七三頁以下（加藤・前掲論文注(70)三七頁）。その他、坂上尚大「行政不服審査制度是正への一考察」日大院三〇号（二〇〇〇年）、また行政救済法全体との関係での、きわめて重要な文献として、阿部泰隆『行政救済の実効性』（弘文堂、一九八五年）。

(71) 宮崎良夫「行政不服審査制度の運用と問題点」同『行政争訟と行政法學』（増補版）九七頁以下（弘文堂、二〇〇四年）。関連する文献として、芝池義一『行政救済法講義』一二二頁（有斐閣、一九九五年）、野口・前掲論文注

- (6) 四〇六一四〇八頁、室井・芝池・浜川編著・前掲書注(55)三四三一三四四頁。
- (72) 宮崎・前掲書注(71)一三五頁。
- (73) 室井・芝池・浜川編著・前掲書注(55)三四三一三四五頁での宮崎論文の理解。
- (74) 芝池・前掲書注(71)一一二頁は解釈論として読めよう(室井・芝池・浜川編著・前掲書注(55)三四三頁)。
- (75) 宮崎・前掲書注(71)一三五頁。
- (76) 筆者の理解は、改正行政事件訴訟法との整合性から主に導き出しているので、他の同様の表記や立法論・解釈論趣旨の論稿は引用を略することとした。そこで「確認」ないし「法律関係に関する確認」の申立とのコンセプトに関するでは、本稿に掲記した注(37)から(52)までの行政事件訴訟法の文献を参照されたい。また、本文で示したように改正行政事件訴訟法四条の「確認」ないし「法律関係に関する確認」との条文上の文言からも、「確認の申立」「法律関係に関する確認の申立」との表記を、この訴訟法と不服審査を整合性ある法システムとすべきとの本稿の趣旨からは、条文上(行訴四条)から出て来るので、かりに、同様の表記が他の文献にあつたとしても、引用上の問題は生じないものと考えている。
- (77) 高木・前掲論文注(37)五九頁。
- (78) 阿部・前掲書注(21)上巻三七頁。
- (79) 宇賀・前掲書注(20)一一三頁。
- (80) 金子・前掲法学教室論文注(10)一三一頁。
- (81) 櫻井・橋本・前掲書注(54)一七九頁は「行政型ADR」との項目を立てて、民事紛争処理に言及している。なお、「二項道路」の問題がまさにそうであるように、行政不服審査も住民どうしの争いを、結果として扱い、それはとりもなおさず民事紛争処理であるから、当然ADRの機能を営んでいる。
- 〔付記〕本稿脱稿後に接した、改正行政事件訴訟法に関する代表的文献として、日本弁護士連合会行政訴訟センター編『実務解説行政事件訴訟法』(青林書院、二〇〇五年)、小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(ジュリスト増刊号二〇〇五年)、松永邦男「司法制度改革と行訴法の改正(四)」(自治実務セミナー第四四卷第四号四二一四三頁(二)

〇〇五年)、行政訴訟実務研究会『自治体法務サポート行政訴訟の実務』(第一法規、二〇〇四年)、高木光『行政訴論』(有斐閣、二〇〇五年)、松永邦男・小林久起編著『Q&A改正行政事件訴訟法』(ぎょうせい、二〇〇五年)、最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟執務資料』(法曹会、二〇〇五年)、越智敏裕『行政事件訴訟法の改正と環境訴訟の展開』上智法学論集第四八卷三・四号四九二頁以下(二〇〇五年)、塩野宏『行政法II』(第四版)二三〇頁以下(有斐閣、二〇〇五年)。なお、本稿では、関連する文献が多数にのぼっていることから、現代の文献検索システムの充実も考慮し、必要最低限の最も代表的な文献引用に限っていることを特におことわりしておく。また、本稿は平成一四年最高裁判所判決の判例評釈ではないので、同判決の評釈についても、本稿の趣旨に必要な最低限の文献引用に止めていることも特におことわりしておく。